

Acórdão: 24.719/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002791110-51
Impugnação: 40.010156175-30, 40.010156506-93 (Coob.)
Impugnante: C.L.S Altas Horas Lanches
IE: 001590905.00-52
Clécio Lisardo da Silva (Coob.)
CPF: 350.813.096-72
Proc. S. Passivo: Aurélio Pajuaba Nehme/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - TITULAR DA EMPRESA INDIVIDUAL - CORRETA A ELEIÇÃO. A titular da empresa individual responde ilimitadamente pelos créditos tributários constituídos, nos termos do art. 21, inciso XII, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/45 c/c os arts. 966 e 967 do Código Civil e o art. 789 do Código de Processo Civil.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, necessária a correta adequação da a Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo que a apuração deve considerar a redução da base de cálculo prevista no Anexo IV, item 21, alínea "a", do RICMS/02.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Impugnante promoveu saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11 e, relativamente aos fatos geradores ocorridos após 01/08/18, art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/18.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Contribuinte à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/05/18 a 31/12/22.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado art. 55.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11 (para fatos geradores ocorridos até 31/07/18) e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da CGSN nº 140 de 22/05/18 (para fatos geradores ocorridos a partir de 01/08/18).

O empresário individual e titular da empresa, Sr. Clecio Lisardo da Silva, foi incluído como Coobrigado no polo passivo da autuação, tendo em vista que ele responde ilimitadamente com seus bens pessoais pelo cumprimento das obrigações da empresa, nos termos do art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, c/c arts. 966 e 967 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) e art. 789 da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil).

Inconformada, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por seus procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 38/46, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 50/52.

DECISÃO

A Impugnante alega a inexistência das infrações apontadas no lançamento. Requer lhe seja dado prazo para realizar um procedimento de auditoria interna com vistas a verificar se de fato ocorreu a omissão de receita apontada pelo fisco.

Todavia, não se faz necessário dilatar o prazo para apresentação de novos argumentos e documentos pela defesa.

O prazo previsto nas normas tributárias mineiras para apresentação de impugnação é de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 163 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 163 - A impugnação será dirigida ao Conselho de Contribuintes e entregue na repartição fazendária competente ou remetida por via postal ou outro meio, conforme dispuser o regulamento, no prazo de trinta dias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mesmo sentido, apresenta-se o art. 117 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 117. A impugnação será apresentada em petição escrita, dirigida ao Conselho de Contribuintes, no prazo de trinta dias contados da intimação do lançamento de crédito tributário ou do indeferimento de pedido de restituição de indébito tributário.

§ 1º - A impugnação será entregue:

I - em se tratando de e-PTA, por meio do SIARE;

II - em se tratando de PTA em meio físico, na repartição fazendária a que estiver circunscrito o impugnante ou na repartição fazendária indicada no Auto de Infração.

§ 2º - Na hipótese do inciso II do § 1º, a impugnação poderá ser enviada por via postal com Aviso de Recebimento a uma das repartição fazendárias referidas no dispositivo, hipótese em que a data da postagem será considerada como a de protocolização.

que: Ressalte-se que o art. 12, inciso II, alínea “a” do RPTA é claro ao dispor

Art. 12 - As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

I - em se tratando de intimação pessoal, na data do recebimento do respectivo documento;

II - em se tratando de intimação por via postal com aviso de recebimento:

a) na data do recebimento do documento, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do interessado, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais; ou

III - em se tratando de intimação por meio de publicação no órgão oficial, na data de sua publicação;

(...)

V - em se tratando de intimação por meio de publicação no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, na data de sua publicação, considerada como o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário Eletrônico;

(...)

A forma de contagem dos prazos se dá conforme art. 13 do RPTA, *in verbis*:

24.719/23/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 13. Os prazos do PTA serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, e só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o PTA ou deva ser praticado o ato.

§ 1º Salvo disposição em contrário, os prazos contar-se-ão da intimação, do recebimento do PTA ou da prática do ato.

§ 2º Em se tratando de intimação por meio de publicação no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, o prazo processual terá início no primeiro dia útil que se seguir ao considerado como a data da publicação.

§ 3º - Em se tratando de e-PTA:

I - o horário para a transmissão de documento encerra-se às vinte e quatro horas do último dia do prazo estabelecido, considerado o horário de Brasília;

II - caso o SIARE, por motivo técnico de responsabilidade da Secretaria de Estado de Fazenda, apresente indisponibilidade para a entrega de documento no último dia do prazo, este será prorrogado para até às vinte e quatro horas do primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.

A intimação do lançamento do crédito tributário ocorreu no dia 22/05/23, conforme ciência dada pelo Coobrigado no corpo do próprio Auto de Infração, às fls. 18.

Assim, o prazo final para interposição do recurso administrativo encerrou-se em 21/06/23, data em que os Sujeitos Passivos enviaram, via correios, a sua Impugnação para a Delegacia Fiscal de Uberlândia (fls. 49).

Destaque-se que, apesar de dispor de trinta dias para elaborar defesa, em sua Impugnação, a Autuada limitou-se a apresentar alegações sem, contudo, juntar documentos comprobatórios dos seus argumentos.

Por sua vez, o feito fiscal baseou-se nos documentos e declarações fiscais prestadas pela própria Autuada acerca de suas operações no período autuado.

Verifica-se que a Impugnante teve tempo o suficiente para comprovar documentalmente os seus argumentos, tratando-se o pedido de extensão do prazo para apresentação de defesa em recurso meramente protelatório.

Forçoso concluir pela regularidade e robustez do procedimento fiscal, bem como pela observância do direito do Impugnante à ampla defesa e ao contraditório.

Assim sendo, uma vez que constam nos autos todos os elementos exigidos pela legislação tributária capazes de proporcionar a adequada motivação do lançamento e o pleno direito de defesa à Impugnante, notadamente, os requisitos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reivindicados pelo art. 142 do CTN e pelo art. 89 do RPTA, rejeita-se o pedido da Impugnante de dilação do prazo para apresentação de documentos.

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Contribuinte à Fiscalização através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, com recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/05/18 a 31/12/22.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta última adequada ao disposto no § 2º do citado art. 55.

Versa, ainda, o presente PTA, sobre a exclusão da Contribuinte do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo em vista a apuração de prática reiterada de infrações à legislação (falta de emissão de documento fiscal na venda de mercadorias), com base no art. 26, inciso I, art. 28, art. 29, incisos V e XI e §§ 1º e 3º e art. 33 da Lei Complementar nº 123/06, c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/11 (para fatos geradores ocorridos até 31/07/18) e art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 140 de 22/05/18 (para fatos geradores ocorridos a partir de 01/08/18).

No intuito de verificar o cumprimento de obrigações tributárias principais e acessórias, a Fiscalização emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000045174.80, anexado às fls. 06, intimando a Autuada para a apresentação de suas declarações fiscais prestadas através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D).

Posteriormente, ao confrontar os valores mensais informados pelas administradoras dos cartões, relativos a operações/prestações realizadas por meio de cartão de crédito e/ou débito, com as vendas declaradas pela Contribuinte nas referidas PGDAS-D, a Fiscalização apurou saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período autuado.

A Impugnante, em sua defesa, alega que a omissão relativa à emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias deve ser comprovada, de modo indubitável, por meio de perícia técnica, ou de auditoria.

Por assim entender, informa que contratou auditoria especializada objetivando apurar se houve a omissão de receita apontada no lançamento. E como já relatado mais acima, pede prazo para apresentar documentos e o resultado dessa auditoria.

Todavia, em que pesem os seus esforços, razão não lhe assiste, conforme se verá.

O presente lançamento resulta, justamente, de um trabalho de auditoria fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares, realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS e por pessoas identificadas por meio do Cadastro de Pessoas Físicas ou do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, ainda que não regularmente inscritas, cuja atividade ou relação com contribuinte inscrito indique possível realização de operações tributáveis pelo imposto, identificados na listagem disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/instituicoesdepagamento>.

(...)

Art. 13-A. As administradoras de cartões, instituidoras de arranjos de pagamento, instituições facilitadoras de pagamento, instituições de pagamento, inclusive as credenciadoras de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e demais empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o último dia útil de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

(...)

§ 2º A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora de cartão, a instituidora de arranjos de pagamento, a instituição facilitadora de pagamento, a instituição de pagamento, inclusive a credenciadora de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as empresas similares às penalidades previstas no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

(...)

Ressalta-se que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02.

Repita-se, por oportuno, que as saídas de mercadorias não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das informações apresentadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito com os valores de vendas declarados pela Impugnante através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D), estando essas informações contidas nos Anexos contidos no CD (Compact Disc) juntado às fls.13.

No referido CD também é demonstrado o cálculo do crédito tributário.

Desse modo, não assiste razão à Impugnante quando alega que a infração apontada pelo fisco não foi comprovada, de forma suficiente, por meio de procedimento de auditoria.

Destaque-se que na busca da verdade material, a Fiscalização, quando da apuração do ICMS devido pelas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, considerou a proporção de mercadorias adquiridas pela Autuada com o imposto retido por substituição tributária, em relação às mercadorias adquiridas sob o regime de apuração normal do imposto.

A técnica beneficiou a Autuada na medida em afastou a cobrança do ICMS, e da respectiva multa de revalidação, sobre a proporção de saídas de mercadorias de documentação fiscal cujo imposto já houvera sido retido anteriormente à sua aquisição pela Impugnante.

Por sua vez, a alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “e” do RICMS/02:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18 % (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

Todavia, ao calcular o ICMS incidente sobre as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal sujeitas ao regime de apuração normal do imposto, o Fisco corretamente levou em consideração o fato do estabelecimento autuado estar cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG sob o CNAE Fiscal n.º 5611-2/03 (lanchonetes, casas de chá, de suco e similares), seguimento para o qual há previsão legal de redução de base de cálculo aplicável às saídas promovidas pela Contribuinte no período autuado.

Nessa medida, aplicou àquelas operações a redução de 53,33% da base de cálculo do imposto prevista no Anexo IV, Parte 1, item 21, alínea “a” do RICMS/02, o que resultou na tributação daquelas operações sob uma alíquota efetiva 8,4%, a título de ICMS.

Constata-se, portanto, que o lançamento fundou-se em procedimento idôneo de auditoria fiscal o qual pautou-se exclusivamente nos documentos e declarações fiscais da Autuada e observou com rigor a legislação vigente quando da apuração do imposto ora exigido.

Todavia, relativamente à apuração da Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento) da base de cálculo do valor das operações, cumpre fazer um reparo.

No caso em exame, como dito, tendo em vista que a Autuada tem como atividade “lanchonetes, casas de chá, de suco e similares” (CNAE-F 5611-2/03), a própria Fiscalização calculou o ICMS sobre essas operações considerando a redução da base de Cálculo prevista no Anexo IV, item 21, alínea “a” do RICMS/02.

Por sua vez, ao calcular o valor da mencionada Multa Isolada - cuja base de cálculo é o valor das saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal - o Fisco tomou como referência o valor integral das operações autuadas, desconsiderando a redução acima referida.

Desta feita, ao aplicar o limitador sobre o valor da Multa Isolada, previsto no art. 55, § 2.º, inciso I, da Lei nº 6.763/75, o Fisco tomou como referência o ICMS calculado sobre aquele valor.

No entanto, uma vez que esse dispositivo determina o limite do valor da multa isolada a duas vezes o valor do ICMS incidente sobre a operação, aquele deve ser apurado tendo como parâmetro o valor do imposto efetivamente exigível, o qual deve considerar a redução da base de cálculo acima referida.

Assim, não obstante ter corretamente apurado o ICMS incidente sobre as operações autuadas considerando a redução de base de cálculo prevista no item 21, alínea “a”, da Parte 1, do Anexo IV, do RICMS/02, o Fisco não o levou em consideração para fins de aplicação, sobre o valor da multa isolada, do limitador previsto no art. 55, § 2.º, inciso I, da Lei nº 6.763/75,

Desta feita, em relação à parcela das saídas de mercadorias não sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, deve-se limitar o valor da multa isolada ao valor do ICMS exigível sobre aquelas operações, o qual foi apurado e demonstrado pelo Fisco nos quadros constantes às fls. 9 e 10 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que acusa o seu caráter confiscatório.

Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

(...)

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Ademais, cumpre registrar que, quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I, do RPTA).

Quanto à eleição do titular da empresa para o polo passivo da obrigação tributária, é importante ressaltar que, no que diz respeito ao empresário individual, sua responsabilidade é ilimitada, isto é, todo o patrimônio da pessoa física assegura os débitos contraídos em sua atuação empresarial.

É que o registro do empresário individual não dá origem a uma pessoa jurídica distinta de sua pessoa física, muito embora, para fins tributários, tenha também que providenciar sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

Como não há personificação jurídica sobressalente, também não há diferenciação patrimonial entre o conjunto de bens destinado para o exercício da empresa e os demais bens particulares. Essa também é a posição adotada pela jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO, EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA. PATRIMÔNIO. TOTALIDADE. NO REGIME JURÍDICO APLICADO AOS EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS (ARTS. 966 E SS. DO CÓDIGO CIVIL) NÃO HÁ SEPARAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO PESSOAL E PATRIMÔNIO DA EMPRESA, DE MODO QUE TODO O PATRIMÔNIO DO EMPRESÁRIO ESTÁ SUJEITO À PENHORA NA EXECUÇÃO FISCAL. (TRF/4ª REGIÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0013203-60.2012.404.0000 – 2ª TURMA DO TRF – DES. LUIZ CARLOS CERVI – JULGADO EM 19.02.2013)

(...)

Portanto, não há distinção entre a pessoa natural e a firma por ele constituída. Assim, nos casos de exigências fiscais em que figura como sujeito passivo um contribuinte “empresário” (individual), o titular do estabelecimento - pessoa física - responde com todos os seus bens patrimoniais tanto pelos débitos do CNPJ, quanto pelos do CPF, haja vista que os patrimônios se confundem, fazendo de uma só pessoa o sujeito de direitos e obrigações.

Nessa linha, a capitulação legal encontra-se devidamente registrada no Auto de Infração. Veja-se:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

(...)

Lei nº 10.406/02

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

(...)

Lei nº 13.105/15

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

(...)

Portanto, correta a inclusão do titular da empresa individual no polo passivo da presente obrigação tributária

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI da Lei Complementar nº 123/06 c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94, de 29/11/11 (para fatos geradores ocorridos até 31/07/18), art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140, de 22/05/18 (para fatos geradores ocorridos a partir de 01/08/18). Veja-se a legislação mencionada:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(...)

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar n° 123, de 2006;

(...)

j - não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 6° - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j", e "k" do inciso IV do caput:

I - a ocorrência de dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento em um ou mais procedimentos fiscais;

(...)

PARA FATOS GERADORES OCORRIDOS A PARTIR DE 1º/08/18

Resolução CGSN n° 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1°)

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar n° 123, de 2006;

(...)

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3° A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas “d”, “j” e “k” do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais; ou

(...)

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75 da Resolução CGSN nº 94/11 (para fatos geradores ocorridos até 31/07/18) e art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18 (para fatos geradores ocorrido a partir de 01/08/18), que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar. Deverão ser observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, conforme § 1º e 2º do art. 75 da Resolução CGSN nº 94/11 e art. 83 da Resolução CGSN nº 140/18 (para fatos geradores ocorridos a partir de 01/08/18)

Nesse sentido, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

Registra-se que o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 24.419/23/1ª:

ACÓRDÃO Nº 24.419/23/1ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DEVIDO À SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS VALORES CONSTANTES EM EXTRATOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO E AS VENDAS DECLARADAS PELA AUTUADA À FISCALIZAÇÃO NA PLANILHA “DETALHAMENTO DE VENDAS”, NO PROGRAMA GERADOR DO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL - DECLARATÓRIO (PGDAS-D) E NO LIVRO DE

REGISTRO DE SAÍDAS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISOS I, V E VII DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, SENDO ESTA ÚLTIMA MULTA ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO I DO § 2º DO CITADO ARTIGO.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. ESTANDO COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA É A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEA "J" DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94/11.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. DECISÕES UNÂNIMES.

(...)

Vale dizer que a exclusão da Autuada do Simples Nacional encontra-se devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG. Examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL - VENDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PRÁTICA REITERADA - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, QUE INSTITUIU O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, PREVÊ A EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUANDO DEIXAR DE EMITIR DOCUMENTO FISCAL DE VENDA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DE FORMA REITERADA. 2. CONSTATADAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, A EXCLUSÃO DA EMPRESA AGRAVANTE DO SIMPLES NACIONAL ENCONTRA-SE DEVIDAMENTE MOTIVADA. 3. SEM ELEMENTOS PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, HÁ QUE SER MANTIDA A DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINCLUSÃO DA IMPETRANTE NO PROGRAMA. 4. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.23.049062-5/001, RELATOR(A): DES.(A) RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR , 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 04/07/2023, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 05/07/2023)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para a correta adequação da Multa Isolada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, cuja apuração deve considerar a redução da base de cálculo prevista no Anexo IV, item 21, alínea "a", do RICMS/02. Vencida, em parte, a Conselheira Flávia Sales Campos Vale (Relatora), que o julgava procedente. Em seguida, à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de Exclusão do Simples Nacional. Designado relator o Conselheiro Dimitri Ricas Pettersen (Revisor). Pela Impugnante C.L.S Altas Horas Lanches, sustentou oralmente o Dr. Paulo Giovanni Vasconcelos Martins e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, a Conselheira Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 07 de novembro de 2023.

Dimitri Ricas Pettersen
Relator designado

Cindy Andrade Moraes
Presidente

P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.719/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002791110-51
Impugnação: 40.010156175-30, 40.010156506-93 (Coob.)
Impugnante: C.L.S Altas Horas Lanches
IE: 001590905.00-52
Clécio Lisardo da Silva (Coob.)
CPF: 350.813.096-72
Proc. S. Passivo: Aurélio Pajuaba Nehme/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

Voto proferido pela Conselheira Flávia Sales Campos Vale, nos termos do art. 83 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, em auditoria fiscal, de saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Constatou-se, mediante confronto entre as saídas declaradas pela Contribuinte ao Fisco e os valores de recebimentos informados por administradoras de cartões de crédito e/ou débito no período de 01/05/18 a 31/12/22.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75. A multa isolada foi submetida ao limitador previsto no § 2º, inciso I do art. 55.

O empresário individual e titular da empresa, Sr. Clécio Lisardo da Silva, foi incluído como coobrigado no polo passivo da autuação, tendo em vista que ele responde ilimitadamente com seus bens pessoais pelo cumprimento das obrigações da empresa, nos termos do art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, c/c arts. 966 e 967 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) e art. 789 da Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil).

Também foi lavrado o Termo de Exclusão do Simples Nacional de nº 11895712/10702710/230323, às fls. 02/04.

Relativamente as penalidades, insta ressaltar que a multa isolada e de revalidação aplicadas no presente Auto de Infração estão previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, no art. 55, inciso II e no art. 56, inciso II, tendo sido aplicados inclusive os ajustes da multa isolada previstos no art. 55, § 2º.

A lei estadual exige que o valor da multa isolada seja proporcional ao faturamento omitido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, tais multas não devem ser excluídas já que foram aplicadas dentro dos limites estabelecidos em lei.

Sendo assim, julgo procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 07 de novembro de 2023.

**Flávia Sales Campos Vale
Conselheira**

CCMIG